



HVBG

HVBG-Info 09/2000 vom 24.03.2000, S. 0865 - 0872, DOK 543.6

**Zur Frage der Bauherrnhaftung für UV-Beiträge - Urteil des  
LSG Nordrhein-Westfalen vom 29.09.1999 - L 17 U 204/98**

Zur Frage der Bauherrnhaftung für UV-Beiträge (§ 729 Abs. 2 RVO);  
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen  
vom 29.09.1999 - L 17 U 204/98 - (Vom Ausgang des  
Revisionsverfahrens - B 2 U 4/00 R - wird berichtet.)

Das LSG Nordrhein-Westfalen hat mit Urteil vom 29.09.1999  
- L 17 U 204/98 - Folgendes entschieden:

Orientierungssatz:

1. Keine Haftung des Bauherrn/Zwischenunternehmers für  
Beitragsschulden eines Unternehmers nicht gewerbsmäßiger  
Bauarbeiten gem. § 729 Abs 2 RVO, wenn dessen  
Zahlungsunfähigkeit nicht innerhalb der Einjahresfrist nach  
endgültiger Feststellung der Verbindlichkeiten feststand.
2. Die gesetzliche Haftung des Bauherrn und des  
Zwischenunternehmers ist einer Ausfallbürgschaft vergleichbar.

Tatbestand

-----

Streitig ist die Haftung der Beklagten für Beitragsschulden des  
Beigeladenen nach § 729 Abs. 2 der Reichsversicherungsordnung  
- RVO -.

Der Beigeladene führte mit seinem Unternehmen unter der  
Firma A. P. 1990 in der Bundesrepublik Deutschland u.a. aufgrund  
eines Nachunternehmervertrags mit der Beklagten Maurer- und  
Verblendarbeiten an der M.-Schule in A. durch.

Nachdem die Handwerkskammer A. der Klägerin mit Schreiben vom  
19.06.1990 auf deren Anfrage mitgeteilt hatte, daß die vorgenannte  
Firma mit ihrem Sitz in M./Niederlanden nicht in der  
Handwerksrolle eingetragen sei, veranlagte die Klägerin das  
Unternehmen des Beigeladenen durch Bescheid vom 25.07.1990 gemäß  
§ 734 RVO nach ihrem Gefahrtarif mit dem Unternehmenszweig  
Bauarbeiten aller Art. Dazu führte sie u.a. aus, er (der  
Beigeladene) sei ab dem 01.01.1990 als Unternehmer nicht  
gewerbsmäßiger Bauarbeiten anzusehen, weil er seit diesem  
Zeitpunkt Maurerarbeiten ausführe, ohne die hierfür notwendigen  
handwerksrechtlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Als Unternehmer  
nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten sei er Mitglied bei der Beklagten  
und grundsätzlich beitragspflichtig. Mit weiterem Bescheid vom  
11.12.1990 setzte die Klägerin den Beitrag für das Jahr 1990  
gegenüber dem Unternehmen des Beigeladenen in Höhe von  
60.069,47 DM fest, dem sie von Amts wegen festgestellte  
Arbeitsentgelte in Höhe von 232.467,-- DM zugrundelegte, weil der  
Beigeladene der Aufforderung zur Mitteilung der  
Bruttoarbeitsentgelte nicht nachgekommen war. Nachdem auf den  
bindend gewordenen Bescheid keine Zahlung erfolgt war, setzte die

Klägerin dem Beigeladenen mit Schreiben vom 13.02.1991 eine Zahlungsfrist bis zum 28.02.1991 und teilte mit, daß sie die zuständigen niederländischen Stellen um Einziehung und Beitreibung der Beiträge gemäß dem deutsch-niederländischen Vertrag über die Einziehung und Beitreibung von Beiträgen der sozialen Sicherheit ersuchen müsse, falls der Beitragsrückstand innerhalb der Frist nicht ausgeglichen werde. Die Einziehung und Beitreibung der Beiträge erfolge dann in gleicher Weise, wie wenn es sich um Beiträge der sozialen Sicherheit der Niederlande handeln würde.

Unter dem 13.02.1991 forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung der auf sie entfallenden Beitragsschuld in Höhe von 46.271,42 DM auf. Da sich der Beigeladene in den Niederlanden außerhalb des Geltungsbereichs der bundesdeutschen Gesetzgebung befinde, seien die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 729 Abs. 2 RVO erfüllt, obwohl die Zahlungsunfähigkeit des Beigeladenen nicht durch fruchtlose Zwangsvollstreckungsmaßnahmen festgestellt worden sei. Auf den weiteren Inhalt dieses Schreibens wird Bezug genommen. Mit Schreiben vom 10.04.1991, auf dessen Inhalt ebenfalls verwiesen wird, lehnte die Beklagte die Haftung für die Beiträge des Beigeladenen ab.

Mit Schreiben vom 06.06.1991 an die Deutsche Verbindungsstelle, Krankenversicherung-Ausland, Bundesverband der Ortskrankenkassen, Bonn-Bad Godesberg, leitete die Klägerin die Einziehung und Beitreibung des rückständigen Betrags in Höhe von 60.069,47 DM nach dem deutsch-niederländischen Vertrag über die Einziehung und Beitreibung von Beiträgen der sozialen Sicherheit ein. Die Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, Administrateur Gemeenschappelijk Administratiekantoor (GAK) teilte der Klägerin am 18.09.1991 mit, auf das von ihr eingeleitete Eintreibungsverfahren habe sie ein Schreiben des Beigeladenen vom 10.09.1991 an die Beklagte erhalten, wonach der eingeforderte Betrag nicht richtig sei und das Unternehmen unter der Firma M.B.N. BETON BAU mit der Betriebsnummer .. bei der Allgemeinen Ortskrankenkasse - AOK - K. geführt werde. Ferner teilte die Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging unter dem 18.09.1991 mit, in einem mit dem Beigeladenen geführten Telefongespräch habe dieser den nach seiner Meinung geschuldeten Betrag mit etwa 20.000,-- DM beziffert und sich bereit erklärt, den noch verbleibenden Beitrag abzulösen, sofern die von ihm schon früher gemeldeten Korrekturen vorgenommen würden. In Erwartung einer Reaktion der Klägerin habe sie das Einziehungsverfahren vorläufig eingestellt.

Die AOK K. teilte der Klägerin unter Übersendung der erbetenen Mitgliederbestandsliste der Firma N. BAU mit, diese Firma werde bei ihr unter der Betriebsnummer .. mit dem Beigeladenen als Inhaber geführt. Die Firma N. BAU habe bei ihr weder eine Entsendung (Einstrahlung) geltend gemacht oder bewiesen und habe in K. lediglich eine Korrespondenzadresse unterhalten. Am 07.10.1991 gab das Stichting Bureau Voor Duitse Zaken der Klägerin bekannt, sie hätten den Beigeladenen aufgesucht, da er keine E-101-Bescheinigungen beantragt gehabt hatte. Es habe sich ergeben, daß kein niederländischer Sozialversicherungsschutz für seine Arbeitnehmer bestanden habe, weil er diese angeblich bei der AOK K. angemeldet gehabt habe.

Nachdem die Klägerin der Beklagten am 30.10.1991 mitgeteilt hatte, daß entgegen der von dieser vertretenen Auffassung ein Entsendetatbestand i.S.d. EWG-Verordnung Nr. 1408/71 nicht vorliege, die Beklagte aber an ihrer Auffassung festgehalten und im übrigen darauf hingewiesen hatte, daß sie nicht in Vertragsbeziehungen zu einem Unternehmen "M. B." gestanden habe und ihr die Firma unbekannt sei, hat die Klägerin am 22.11.1991

gegen die Beklagte Klage auf Zahlung von 48.770,-- DM zuzüglich Säumniszuschlägen erhoben. Zur Begründung hat sie vorgetragen, der im Auftrag und für Rechnung der Beklagten tätig gewordene Beigeladene sei bei Ausführung der Hochbauarbeiten nicht in der Handwerksrolle eingetragen und daher nicht berechtigt gewesen, das Maurerhandwerk auszuüben. Seinem Unternehmen habe es daher an der notwendigen Bestandssicherung gefehlt und er sei beitragspflichtig als Unternehmer nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten. Bei dessen Zahlungsunfähigkeit hafte die Beklagte für die Beiträge und die übrigen Leistungen, auch wenn sie nicht durch fruchtlose Zwangsvollstreckungsmaßnahmen festgestellt worden sei. Dies folge aus den Amtlichen Nachrichten des Reichsversicherungsamtes - RVA - (AN) vom 15.04.1918, S. 272, Ziff. 2982, wonach nach einer Entscheidung des 1. Beschlußsenats der Berufsgenossenschaft das Recht zustehen müsse, den Bauherrn auch ohne den Beweis der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers haftbar zu machen, wenn es der Berufsgenossenschaft durch den Aufenthalt des Unternehmers im Ausland unmöglich gemacht oder doch sehr erschwert wird, ihren Prämienanspruch gegen diesen zu verfolgen.

In einer von der Klägerin vorgelegten Stellungnahme der Handwerkskammer A. vom 29.04.1992 hat diese ausgeführt, die selbständige Ausübung handwerklicher Tätigkeit sei auch Betrieben aus dem EG-Raum nur dann gestattet, wenn sie bei der Kammer, in der sie erstmals gewerblich tätig werden, in der Handwerksrolle eingetragen sind. Zwar habe der aus dem EG-Raum stammende Gewerbetreibende einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung, aber nur dann, wenn die in der EG-Verordnung Handwerk aufgeführten Kriterien erfüllt seien. Es treffe auch nicht zu, daß eine Gewerbetätigkeit für die Dauer von sechs Monaten in der Bundesrepublik von EG-Staatsangehörigen ohne Handwerksrolleneintragung ausgeübt werden könne.

Im weiteren Verlauf der von der Klägerin versuchten Einziehung und Beitreibung der Beitragsschuld hat die in den Niederlanden für die Zwangsvollstreckung zuständige Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging unter dem 08.08.1994 mitgeteilt, das den Beigeladenen betreffende Konkursverfahren sei am 19.05.1994 mangels Masse eingestellt worden sei.

Die Beklagte hat sich weiterhin auf EG-Vorschriften berufen, nach denen ihrer Ansicht nach für das Unternehmen des Beigeladenen eine Beitragspflicht zur Klägerin nicht bestanden habe. Jedenfalls aber habe die Klägerin die Zahlungsunfähigkeit des Beigeladenen nicht innerhalb der Jahresfrist des § 729 Abs. 2 RVO nachgewiesen. Die Klägerin habe sie (die Beklagte) bereits drei Wochen nach Bestandskraft des Beitragsbescheides gegen den Beigeladenen zur Zahlung aufgefordert. Zu diesem Zeitpunkt habe sie trotz Vollstreckungstitels noch keinen einzigen Vollstreckungsversuch gegen den Beigeladenen unternommen gehabt.

Mit Urteil vom 06.03.1998 hat das SG die Klage abgewiesen, weil die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der von ihr geltend gemachten Beitragsschuld des Beigeladenen habe. Zur Begründung hat es im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Zwar habe der Beigeladene im Jahre 1990 als nicht gewerbsmäßig handelnder Bauunternehmer u.a. für die Beklagte Hochbauarbeiten ausgeführt und seiner Beitragsverpflichtung hätten nach den §§ 728, 746 RVO auch keine EG-Vorschriften entgegengestanden, die Haftung der Beklagten als Zwischenunternehmerin sei jedoch ausgeschlossen, weil die Zahlungsunfähigkeit des Beigeladenen als beitragsschuldendem Unternehmer nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten weder im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Beklagten bzw. bei Klageerhebung noch innerhalb eines Jahres nach Feststellung der

Verbindlichkeit gegenüber dem Beigeladenen festgestanden habe. Eine Anwendung der 1918 vom RVA aufgestellten Grundsätze, wonach dem Unfallversicherungsträger das Recht zustehen müsse, den Bauherrn oder den Zwischenunternehmer dann ohne den Beweis der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers haftbar zu machen, wenn der Berufsgenossenschaft bei einem Aufenthalt des Beitragsschuldners im Ausland die Verfolgung ihres Prämienanspruchs zumindest sehr erschwert sei, lasse sich in der heutigen Zeit nicht mehr rechtfertigen, zumal die Klägerin sich vorliegend des deutsch-niederländischen Vertrags über die Einziehung und Beitreibung von Beiträgen der sozialen Sicherheit bedienen konnte und auch bedient habe. Die gesetzliche Regelung der Haftung nach § 729 Abs. 2 RVO, die aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht in der heutigen Zeit wegen des nicht gelösten Problems der Schwarzarbeit und unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung besonders aktuell sei, solle jedoch nicht bereits dann Anwendung finden, wenn die Einziehung der Beiträge insbesondere die Zwangsvollstreckung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei, berücksichtigt werden müsse bei dieser außerhalb des Sozialversicherungsverhältnisses stehenden gesetzlichen Bürgenhaftung, daß dies eine schwerwiegende Beschränkung des Vermögens als Eigentumsgegenstand darstelle. Die zeitliche Haftungsbeschränkung auf ein Jahr diene daher dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Schutz des Bauherrn oder Zwischenunternehmers vor einer nicht gewollten Überlastung. Schließlich sei vorliegend weder der Gedanke aus § 773 Abs. 1 Nr. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) anwendbar, wonach die Einrede der Vorausklage bei Verlegung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners ausgeschlossen ist, noch könne sich die Klägerin wegen der auf ein Jahr begrenzten Haftungszeit darauf stützen, daß die Zahlungsunfähigkeit des Beigeladenen endgültig dadurch bewiesen sei, daß das Konkursverfahren gegen ihn am 19.05.1994 mangels Masse eingestellt worden sei.

Gegen das ihr am 03.08.1998 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 19.08.1998 Berufung eingelegt. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, die Ausschlußfrist des § 729 Abs. 2 RVO sei durch die Inanspruchnahme der Beklagten unterbrochen worden und der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit binnen Jahresfrist i.S. dieser Vorschrift sei nicht zwingend erforderlich. Der Entscheidung des RVA von 1918 sei trotz des deutsch-niederländischen Vertrags wegen Fortbestehens erschwerter Rahmenbedingungen auch heute noch zu folgen und die damit geschaffene Fiktion der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei Auslandsaufenthalt sei gesicherte Rechtsprechung. Bei einer Inanspruchnahme des Bauherrn nach § 729 Abs. 2 RVO, wenn der Bauunternehmer ins Ausland gegangen sei, liege ein Fall nach § 773 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor, wonach die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner wegen einer nach Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Schuldners die Rechtsverfolgung wesentlich erschwert ist. So wie nach dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 30.07.1987 - 2 RU 37/85 - die Anzeige gegenüber dem Haftungsschuldner, daß er als Bürge in Anspruch genommen werde, nicht beziffert sein müsse, brauche im Zeitpunkt der Anzeige auch nicht das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers der nicht gewerbsmäßigen Bauarbeiten vorzuliegen. Das fehlende Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit sei dem Fehlen der Bezifferung der Forderung gleichzusetzen. Diese Rechtsauffassung des BSG werde durch das rechtskräftige Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg

vom 24.05.1984 - L 7 U 1773/83 - gestützt, wonach der Vertrauensschutz des Haftungsschuldners nicht sehr stark ausgeprägt und deutlich gemacht worden sei, daß die Tatbestandsmerkmale der Zahlungsunfähigkeit und der Bezifferung der Haftungsforderung binnen Jahresfrist keine zwingenden Voraussetzungen für die wirksame Geltendmachung der Forderung nach § 729 Abs. 2 RVO darstellten.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 06.03.1998 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin den Betrag von 48.770,-- DM zuzüglich Säumniszuschläge in Höhe von 0,6 % von 46.270,-- DM je angefangenem Monat ab dem 01.11.1991 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie schließt sich der Begründung des erstinstanzlichen Urteils an, geht aber nach wie vor davon aus, daß es sich bei dem Beigeladenen nicht um nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten gehandelt habe, weil er nicht nur in Deutschland, sondern auch in den Niederlanden mit seinen sämtlich dort ansässigen Bauunternehmungen jahrelang handwerkliche Arbeiten verrichtet habe. In Deutschland habe er nur nicht die formellen Voraussetzungen, nämlich die Eintragung in die Handwerksrolle nicht erfüllt. Ausreichend seien aber die materiell-rechtlichen Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle. Habe es sich bei dem Beigeladenen auch nicht um einen Beitragsschuldner gehandelt, der von Deutschland in die Niederlande gezogen sei, sondern um einen niederländischen Beitragsschuldner der vorübergehend zur Ausführung von Bauarbeiten nach Deutschland eingereist sei, gehe sie ferner auch weiterhin davon aus, daß ein Entsendetatbestand i.S.d. Art. 14 der EG-Verordnung Nr. 1408/71 vorgelegen habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Streitstandes wird auf den Inhalt der Streitakte verwiesen. Auf den Inhalt der Verwaltungsakte der Beklagten, der ebenfalls Gegenstand der m<sup>3</sup>ndlichen Verhandlung gewesen ist, wird Bezug genommen.

#### Entscheidungsgründe

-----

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Beitrags sowie der geltend gemachten Säumniszuschläge nach § 729 Abs. 2 RVO, denn die Voraussetzungen dieser Vorschrift, die gemäß § 219 Abs. 1 Satz 2 des Siebten Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Unfallversicherung - (SGB VII) vorliegend noch anzuwenden sind, liegen nicht vor.

Zunächst geht auch der Senat in Übereinstimmung mit dem SG davon aus, daß die Klägerin für 1990 zu Recht den Beitragsbescheid vom 11.12.1990 erteilte, weil der Beigeladene in dieser Zeit mit seinem Unternehmen "A. P." nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten in A. verrichtete und seiner Beitragsverpflichtung auch keine Vorschriften der EG entgegenstanden. Insbesondere mangelte es jedenfalls an der für die Berechtigung zur Ausführung selbständiger Bauarbeiten erforderlichen Eintragung in die Handwerksrolle (vgl. BSGE 30, 230) aufgrund eines Ausnahmetatbestands, so daß dahingestellt bleiben kann, ob überhaupt, und wofür im übrigen jegliche Anhaltspunkte fehlen, ein fachlich-technischer Leiter in dem Unternehmen des Beigeladenen

tätig war, der eine einem Meister in der Bundesrepublik Deutschland gleichzustellende Qualifikation besaß. Ferner geht der Senat ebenfalls davon aus, daß die Inanspruchnahme der Beklagten als Zwischenunternehmerin nicht davon abhängt, daß diese wußte, daß ihr Bauauftrag von einem Unternehmen nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten ausgeführt wurde. Zur weiteren Begründung und zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat gemäß § 153 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) insoweit auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils und schließt sich ihnen an. Lagen damit zwar nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten des Beigeladenen vor, haftet die Beklagte gemäß § 729 Abs. 2 RVO aber deshalb nicht für die Verbindlichkeiten des Beigeladenen, weil dessen Zahlungsunfähigkeit als beitragsschuldendem Unternehmer innerhalb der in dieser Vorschrift normierten Einjahresfrist nach endgültiger Feststellung der Verbindlichkeiten nicht feststand.

Die Haftung des Bauherrn und des Zwischenunternehmers gemäß § 729 Abs. 2 RVO ist seit jeher in Rechtsprechung und Schrifttum als eine Art Bürgschaft angesehen worden. Es wurde daher auch für unbedenklich gehalten, die für das zivilrechtliche Bürgschaftsverhältnis geltenden Grundsätze anzuwenden (BSGE 30, 230, 233 m.w.N.; BSG Urteil vom 30.07.1987 - 2 RU 37/85 -). Dabei ist die Haftung mit einer Ausfallbürgschaft vergleichbar, bei der der Bürge, ohne die Einrede der Vorausklage erheben zu müssen, erst dann haftet, wenn der Gläubiger trotz Zwangsvollstreckung beim Schuldner einen Ausfall gehabt hat (BSG, a.a.O.; BSG SozR 2200 § 729 RVO Nr. 5).

Eine Zwangsvollstreckung beim Beigeladenen zum Nachweis seiner Zahlungsunfähigkeit ist vorliegend nicht binnen Jahresfrist nach bindend gewordenem Beitragsbescheid durchgeführt worden. Das von der Klägerin im Juni 1991 eingeleitete Einziehungs- und Beitreibungsverfahren wurde von der ersuchten niederländischen Stelle ohne Ergebnis vorläufig eingestellt und bis zum Ablauf der Einjahresfrist nicht wieder aufgenommen. Erst im Laufe des Klageverfahrens wurde ein gegen den Beigeladenen eingeleitetes Konkursverfahren am 19.05.1994 mangels Masse ein- und dessen Zahlungsunfähigkeit damit erst zu diesem Zeitpunkt festgestellt.

Mit dem SG ist auch der Senat der Auffassung, daß die Klägerin zu Unrecht unter Berufung auf die Entscheidung des 1. Beschlußsenats des RVA vom 11.02.1918 die Zahlungsunfähigkeit des Beigeladenen angenommen hat, weil bei Wohnsitz und gewerblicher Niederlassung des Beigeladenen in den Niederlanden die Erlangung der Beitragsschulden zumindest sehr erschwert sei. Zur Begründung verweist der Senat auch insoweit zunächst auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils und macht sich diese zu eigen (§ 153 Abs. 2 SGG).

Die Annahme der Zahlungsunfähigkeit des Beigeladenen unter Berufung auf die o.g. Entscheidung des RVA kommt außerdem aber auch deshalb nicht in Betracht, weil sie nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des BSG und dem Schrifttum steht, wonach - wie oben dargestellt - die gesetzliche Haftung des Bauherrn und des Zwischenunternehmers einer Ausfallbürgschaft vergleichbar ist. Bei einer Ausfallbürgschaft ist nämlich - und dies ist in der Entscheidung des RVA unberücksichtigt geblieben - die in § 771 BGB bereits angelegte Subsidiarität der Bürgenhaftung noch verstärkt (vgl. BGH Urteil vom 02.02.1989, NJW 1989 S. 1484, 1485). Denn im Falle der Ausfallbürgschaft bedarf es keiner Einrede der Vorausklage und es entfällt die Haftung des Ausfallbürgen, wenn der Gläubiger selbst den Ausfall durch

Verletzung von Sorgfaltspflichten verschuldet hat (vgl. BGH Urteil vom 18.10.1978, NJW 1979 S. 646).

Für diesen Fall der Ausfallbürgschaft hat die Klägerin i.S. dieser ihr obliegenden Sorgfaltspflichten zum einen zu wenig unternommen. Es kann nämlich nicht einmal festgestellt werden, daß die Rechtsverfolgung wesentlich erschwert war, weil kein konkreter Anhalt dafür ersichtlich ist und von der Klägerin auch nichts entsprechendes dargetan worden ist, daß aufgrund des gegenüber dem Beigeladenen bindenden Beitragsbescheides die Zwangsvollstreckung nicht veranlaßt werden konnte.

Zum anderen kann der Gedanke aus § 773 Abs. 1 Nr. 2 BGB schon deshalb keine Anwendung finden, weil entsprechend der vertraglichen Übernahme der Bürgschaft in der zivilrechtlichen Vorschrift das gesetzliche Bürgschaftsverhältnis aus § 729 Abs. 2 RVO überhaupt erst entsteht, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers (hier des Beigeladenen) feststeht. Wenn aber das gesetzliche Bürgschaftsverhältnis von der Klägerin dadurch begründet werden könnte, daß nach nicht ausreichenden Rechtsverfolgungsbemühungen die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers anzunehmen sei und das gesetzliche Bürgschaftsverhältnis damit begründet würde, hätte es die Berufsgenossenschaft nicht nur in der Hand, das gesetzliche Bürgschaftsverhältnis überhaupt zu begründen, sondern darüber hinaus die in § 729 Abs. 2 RVO verstärkt angelegte Subsidiarität der Haftung der Ausfallbürgschaft von vornherein auszuschließen. Denn entsprechend dem Gedanken aus § 773 Abs. 1 Nr. 2 wäre ja bei erschwerter Rechtsverfolgung die Einrede der Vorausklage, derer der Ausfallbürge nicht einmal bedarf, von vornherein ausgeschlossen. Soweit die Klägerin die Ansicht vertritt, das fehlende Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit sei dem Fehlen einer genauen Bezifferung der Forderung gleichzusetzen, und soweit sie meint, sich insoweit auf die Rechtsprechung des BSG und des von ihr vorgelegten Urteils des LSG Baden-Württemberg stützen zu können, vermochte ihr der Senat nicht zu folgen. Diese Ansicht findet in der BSG-Rechtsprechung und in dem vorgelegten LSG-Urteil erkennbar keine Stütze und begegnet auch deshalb erheblichen Bedenken, weil diese Tatbestandsmerkmale sich von ihrer Art her zu sehr unterscheiden. Während es bei der genauen Bezifferung der Verbindlichkeit um die Höhe bzw. um das Wie der Haftung des Bürgen geht, betrifft die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers die Frage des Ob, d.h. ob das gesetzliche Bürgsverhältnis überhaupt begründet ist bzw. Bauherr oder Zwischenunternehmer überhaupt als Bürge haften müssen. Da die Klägerin auch keine Gründe für die von ihr angenommene Gleichsetzung dieser Tatbestandsmerkmale anführen konnte und solche im übrigen auch nicht erkennbar sind, kommt diese Gleichsetzung nicht in Betracht.

Nach alledem mußten Klage und Berufung erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Der Senat hat die Revision zugelassen, weil er der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beimißt (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). Zwar ist die gesetzliche Regelung der Bauherrn-/Zwischenunternehmerhaftung mit Inkrafttreten des SGB VII abgeschafft, nach Kenntnis des Senats liegen aber den Bau-Berufsgenossenschaften eine Reihe vergleichbarer Fälle vor, die noch nach altem Recht zu entscheiden sind.

